

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC120012-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi.

Beschluss und Urteil vom 12. September 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 16. November 2011 (FP110011)

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Es sei die Kindesunterhaltsbeiträge in Ziff. 4 des Scheidungsurteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 01. Juni 2001 (Prozess-Nr. U/FE10106) von monatlich Fr. 600.00 auf monatlich Fr. 50.00 zu reduzieren,
2. Es sei dem Kläger ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichnenden zu bestellen und es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 16. November 2011:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf Fr. 3'500.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden der klagenden Partei auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die klagende Partei wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. (Mitteilungen)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Klägers und Appellanten (Urk. 48 S. 2):

- "1. Es sei das beiliegend angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 16. November 2011 (Geschäfts Nr. F110011-L) aufzuheben und es sei die Klage gut zu heissen (es sei die Kindesunterhaltsbeiträge in Ziff. 4 des Scheidungsurteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Juni 2001

(Prozess-Nr. U/FE10106) von monatlich Fr. 600.00 auf monatlich Fr. 50.00 zu reduzieren)

2. Es sei dem Appellanten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichnenden zu bestellen und es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
3. Es sei ebenfalls Ziff. 2 und 4 des angefochtenen Urteils unter (Kosten und Entschädigungsfolge) zu Lasten der Appellaten zu ändern.
4. Alles Kosten- und Entschädigungsfolge seien zu Lasten der Appellaten."

der Beklagten und Appellatin (Urk. 54 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

Die Ehe der Parteien ist mit Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 1. Juni 2001 geschieden worden. Vereinbarungsgemäss wurde die Tochter C._____, geboren am tt.mm.1996, unter die elterliche Sorge der heutigen Beklagten gestellt und der Kläger verpflichtet, an den Unterhalt des Kindes monatlich Fr. 600.– (zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) zu bezahlen. Die Beklagte hatte auf persönliche Unterhaltsbeiträge verzichtet. Die Kindesunterhaltsbeiträge beruhten auf einem monatlichen Einkommen des Klägers von Fr. 3'140.– und einem solchen der Beklagten von Fr. 2'100.– (Urk. 5/13 S. 2 f.).

Der Kläger verlangt im vorliegenden Verfahren eine Reduktion der Kindesunterhaltsbeiträge auf Fr. 50.– pro Monat, im Wesentlichen mit der Begründung, er habe wieder geheiratet und sei Vater von zwei Kindern geworden; zudem habe sich sein Einkommen reduziert. Die Beklagte bestreitet eine dauerhafte Einkom-

mensreduktion und ist der Auffassung, dem Kläger müsse ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden.

Die Vorinstanz hat dem Kläger ein hypothetisches Einkommen angerechnet und die Klage abgewiesen.

II.

1. Die Klage wurde am 1. Februar 2011 vor Vorinstanz anhängig gemacht. Für den weiteren Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 49 S. 2 f.). Gegen dieses Urteil, das dem Kläger am 30. Januar 2012 in begründeter Fassung zugestellt worden ist (Urk. 45), hat dieser mit Eingabe vom 29. Februar 2012 rechtzeitig Berufung eingelegt (Urk. 48). Die Berufungsantwort datiert vom 27. April 2012 (Urk. 54). Ein weiterer Schriftwechsel wurde nicht durchgeführt.

2. Mit Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt der Untersuchungs- und Officialgrundsatz (Art. 296 ZPO). Entsprechend ist der Richter nicht an die Parteianträge gebunden und kann Entscheide auch ohne entsprechende Anträge treffen. Er muss zudem von Amtes wegen den Sachverhalt abklären und alle Elemente in Betracht ziehen, die wichtig sein können, um einen Entscheid zu fällen, der den Kindesinteressen Rechnung trägt, auch wenn es in erster Linie Sache der Parteien ist, im Prozess die wesentlichen Tatsachen vorzutragen und die Beweismittel zu bezeichnen (BGer. 5A_194/2012, E. 4.2; Schweighauser, in: Sutter-Somm/-Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 296 N 10 und 38 f.).

III.

1. Gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB kann das Gericht bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes den Unterhaltsbeitrag für ein Kind neu festsetzen oder aufheben. Die Vorinstanz hat die Vo-

raussetzungen zur Abänderung des Unterhaltsbeitrags zutreffend angeführt, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 49 S. 4). Entscheidend ist, ob eine unvorhergesehene, dauerhafte und wesentliche Veränderung der Grundlagen des früheren Entscheids gegeben ist. Kinderunterhaltsbeiträge unterliegen grundsätzlich der Abänderbarkeit, weil die beiden massgeblichen Elemente der Unterhaltsverpflichtung – der Bedarf des Unterhaltsberechtigten und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten – regelmässig unvorhersehbaren Schwankungen unterworfen sind.

2. a) Die Vorinstanz rechnete dem Kläger ein hypothetisches Einkommen von monatlich Fr. 4'173.– netto an. Sie erwog zusammengefasst, aus seinen Steuererklärungen 2009 und 2010 gehe hervor, dass er als selbständiger Taxifahrer ein Durchschnittseinkommen von Fr. 2'013.50 bzw. Fr. 2'488.50 erzielt habe. In den Monaten Januar bis März 2011 habe er durchschnittlich Fr. 3'422.30 erwirtschaftet. Obwohl sich sein Einkommen drastisch verringert und er zusätzliche Unterhaltspflichten habe, sei er nicht bereit, hinsichtlich seiner Erwerbstätigkeit Änderungen vorzunehmen. Gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik habe ein Arbeitnehmer in der Region Zürich im Jahre 2010 für einfache und repetitive Tätigkeiten im Wirtschaftszweig "Verarbeitendes Gewerbe/Herstellung von Waren" im Durchschnitt ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 5'442.–, im Wirtschaftszweig "Handel; Instandhaltung u. Rep. von Motorfahrz." im Bereich "Detailhandel" ein solches von Fr. 4'756.– und im Wirtschaftszweig "Verkehr u. Lagerei" im Bereich "Landverkehr; Schifffahrt; Luftfahrt; Lagerei" ein solches von Fr. 4'853.–, jeweils inkl. 13. Monatslohn und exkl. Kinderzulagen, erzielt. Ziehe man vom kleinsten der genannten Löhne noch die vom Arbeitnehmer zu leistenden durchschnittlichen Beiträge an AHV/IV/EO/ALV (6.25%), Nichtberufsunfallversicherung (2%) und die berufliche Vorsorge (7% des koordinierten Lohnes) ab, so ergebe dies ein Monatseinkommen von gerundet Fr. 4'173.– netto (Urk. 49 S. 7 f.).

Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Kläger grundsätzlich zu 100 % leistungsfähig sei. Dem Arztzeugnis von Dr. med. D. _____ vom 26. April 2004 sei zwar zu entnehmen, dass der Kläger wegen eines Rückenleidens in Behandlung

sei und "bis auf weiteres" das Tragen und Anheben von schweren Lasten vermeiden sollte (act. 36/1). Da dieses Arztzeugnis jedoch schon vor mehr als sieben Jahren ausgestellt worden sei, sage es nichts über die derzeitige Leistungsfähigkeit des Klägers aus. Aus dem Arztbericht der Klinik E. _____ vom 5. August 2011 gehe hervor, dass der Kläger an Schmerzen im rechten Bein bis in die Fusssohle leide (act. 36/2). Dem Bericht sei indessen nicht zu entnehmen, ob diese Schmerzen heute noch bestehen und den Kläger in seiner Berufstätigkeit einschränken. Dieser – er gebe selber an, täglich etwa 12 Stunden zu arbeiten – führe sein mageres Einkommen denn auch nicht auf eine tiefe Präsenzzeit zurück, sondern auf den grossen Konkurrenzdruck im Taxigewerbe. Bei der vom Kläger eingereichten Verordnung zur Physiotherapie vom 24. Oktober 2011 handle es sich um eine erste Verordnung im Rahmen der Behandlung einer Krankheit (act. 36/3). Das Arztzeugnis vom 15. November 2011 attestiere dem Kläger wegen Krankheit eine Arbeitsunfähigkeit zu 50% vom 1. November bis 31. Dezember 2011 (act. 36/4). Aus den beiden letztgenannten Unterlagen gehe hervor, dass der Kläger gegen Ende des Jahres 2011 aufgrund einer Krankheit vermindert einsatzfähig gewesen sei. Es gehe indessen auch aus diesen Unterlagen nicht hervor, dass die Krankheit von Dauer sei und ihn auch in Zukunft bei seiner Arbeit als Taxifahrer oder gar in einer anderen, lukrativeren beruflichen Tätigkeit behindern würde (Urk. 49 S. 7 f.).

b) Im Berufungsverfahren macht der Kläger geltend, es sei von einem monatlichen Einkommen in der Höhe von Fr. 3'140.– auszugehen. Seine Leistungsfähigkeit sei krankheitsbedingt sehr eingeschränkt (Urk. 48 S. 4). Dazu reichte er einen ärztlichen Bericht von Dr. med. D. _____ vom 10. Februar 2012 ein. Im Bericht wird folgende Diagnose gestellt: "Chronische Rückenschmerzen im unteren Bereich der Wirbelsäule, zeitweise Nervenschmerzen in den Beinen (verursacht durch mehrere Bandscheibenvorfälle und Fehlstellung des 5. Lendenwirbels)". Weiter heisst es, die geklagten Schmerzen hätten bei der Untersuchung in der Sprechstunde überprüft werden können. In den Aufnahmen mit MRI 2003 und 2011 seien die defekten Zonen im Lendenbereich ersichtlich gewesen. Der Kläger habe seine Arbeit immer wieder während Wochen nur teilweise oder ganz nicht machen können und habe daher entsprechende Zeugnisse erhalten. Seinen

Fahrkunden könne er bei schweren Lasten jeweils nicht behilflich sein. Er sei über die Jahre hinweg krankheitsbedingt nicht voll einsatzfähig gewesen. Die Arbeit als Taxichauffeur sei für ihn trotz den Einschränkungen die beste Lösung (Urk. 51/3).

Der Kläger führt in der Berufungsbegründung aus, er habe der Vorinstanz mitgeteilt, dass er sich für eine IV-Rente angemeldet habe. Er habe entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht gesagt, dass er täglich 12 Stunden arbeite, sondern dass er an gewissen Tagen etwa 12 Stunden arbeite bzw. wegen Schmerzen nicht arbeiten könne. Folglich sei er seit 2003 beschränkt arbeitsunfähig und deshalb in finanzieller Hinsicht auch beschränkt leistungsfähig. Da er an gewissen Tagen, wenn die Schmerzen kämen, nur noch liegen könne, sei sein Beruf als Taxifahrer unersetzbar. Kein Arbeitgeber werde auf Dauer die krankheitsbedingte Abwesenheit von Arbeitnehmern hinnehmen. Der Kläger arbeite schon seit Jahrzehnten als Taxifahrer, weshalb es ihm aus objektiven Gründen nicht möglich sei, in einen neuen Beruf einzusteigen. Es frage sich, welche Arbeitszeugnisse er seinen potentiellen Arbeitgebern einreichen könne. Er könne sich ja selber keines ausstellen (Urk.48 S. 3 f.).

c) Die Beklagte hält dafür, entscheidend sei, ob dem Kläger ein hypothetisches Einkommen anzurechnen oder vom tatsächlich erwirtschafteten Einkommen als Taxichauffeur auszugehen sei. Bei Dr. D._____ handle es sich um einen Allgemeinmediziner. Eine fachliche Einschätzung des Rückenleidens hätte durch einen Wirbelsäulenspezialisten zu erfolgen. Dr. D._____ begründe nicht, weshalb die Tätigkeit als Taxifahrer trotz den Einschränkungen die beste Lösung sei. Vielmehr halte er fest, dass der Kläger den Fahrkunden bei schweren Lasten nicht behilflich sein könne. Es sei nicht nachvollziehbar, dass eine fast ausschliesslich sitzende Tätigkeit mit Heben und Tragen bis schwerer Lasten die beste Lösung für den Kläger sein solle. Eine temporär reduzierte Arbeitsfähigkeit wegen therapiebedingter Abwesenheiten stelle keine dauerhafte und erhebliche Änderung der Verhältnisse dar und belege vor allem keine Erwerbseinbusse. Dr. D._____ äussere sich auch nicht zur Leistungsfähigkeit in prozentualer Hinsicht und nicht zu den möglichen zumutbaren Verweistätigkeiten. Der Bericht erweise sich für die sich stellende Frage der zumutbaren Leistungsfähigkeit als

nicht aussagekräftig. Er vermöge an der Würdigung der Vorinstanz zur hypothetischen Leistungsfähigkeit nichts zu ändern. Der Kläger habe vor Vorinstanz ausgeführt, seit Jahren keine existenzsichernden Einkünfte mehr zu generieren, obwohl er etwa zwölf Stunden pro Tag arbeite. Die Präsenzzeit sei grösser geworden. Er arbeite heute mehr und verdiene weniger. Diese Aussage sei klar und lasse keine andere Auslegung zu, wie es nun vom Vertreter der Klägers in der Berufung dargelegt werde. Dessen Behauptung, tageweise auszufallen, sei damit widerlegt. Der Kläger habe seit 2004 selbst zur Kenntnis nehmen müssen, dass das als Taxifahrer erzielte Entgelt nicht mehr gereicht habe, wie er selber ausgeführt habe. Seit 2003 leide er sodann zeitweilig an Rückenschmerzen, was jedoch rund 10 % der Schweizer Bevölkerung betreffe. Eine eigentliche Invalidität sei nicht ausgewiesen und werde aufgrund von temporären Schmerzzuständen in aller Regel nicht angenommen. In Kenntnis dieser Faktoren hätte sich der Kläger schon längst neu orientieren und sich um eine adäquate körperlich angepasste Tätigkeit bemühen müssen, zumal er als Taxifahrer kein schweres Gepäck mehr heben und so den Gästen nicht mehr behilflich sein könne, wie Dr. D. _____ ausführe. Die Belege über gewährte Unterstützungen durch das Sozialamt und über die Alimentenbevorschussung stammten aus dem Jahre 2007 und zeigten, dass der Kläger sich seiner Alimentenverpflichtung gegenüber F. _____ [recte: C. _____] entledigt habe. Es fehlten irgendwelche Hinweise, dass sich der Berufungskläger objektiv bemüht hätte, sein Einkommen zu steigern (Urk. 54 S. 4 ff.).

d) Da der Kläger im Berufungsverfahren von einem monatlichen Einkommen von Fr. 3'140.– ausgeht, hat sich dieses gegenüber dem Scheidungszeitpunkt nicht verändert. Zu prüfen ist, ob dem Kläger ein höheres hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, sei es, dass er als Taxifahrer mehr verdienen könnte, sei es, dass er eine andere, besser bezahlte Erwerbstätigkeit ausüben könnte. Angesichts seiner grundsätzlichen Unterhaltspflicht ist es seine Aufgabe, alle erdenklich möglichen Anstrengungen zu unternehmen, um für den Bedarf seiner Kinder aufkommen zu können. Entscheidend ist die Leistungsfähigkeit der Eltern, welche im Übrigen durchaus auch Mehranstrengungen und Überstunden umfassen kann. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Einkommen des Pflichtigen, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der

Beitragspflicht bildet, abgewichen und statt dessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Nur wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche ausser Betracht bleiben. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht für sämtliche eherechtlichen Verfahren festgehalten (so in BGE 117 II 16 S. 17 f. E. 1b für den Eheschutz). Aus welchem Grund ein Ehegatte auf das ihm angerechnete höhere Einkommen verzichtet, ist im Prinzip unerheblich. Unterlässt ein Ehegatte aus bösem Willen oder aus Nachlässigkeit oder verzichtet er freiwillig darauf, ein für den Familienunterhalt ausreichendes Einkommen zu erzielen, kann auf das Einkommen abgestellt werden, das er bei gutem Willen verdienen könnte. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hat keinen pönalen Charakter. Es geht vielmehr darum, dass der Unterhaltspflichtige dasjenige Einkommen zu erzielen hat, das ihm zur Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich möglich und zumutbar ist (BGE 128 III 4 S. 5 f. E. 4a; Bger. 5P.35/2002 E. 2.2; BGer. 5P.255/2003 E. 4.3.1).

Was eine Steigerung der Einkünfte als Taxifahrer betrifft, so steht dem entgegen, dass die Branche in Zürich ohnehin mit Überkapazitäten kämpft (vgl. <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Taxi-fahren-heisst-im-Taxi-warten/story/13511568>). Aus dem zitierten Arztbericht von Dr. D. _____ vom 10. Februar 2012 geht zudem hervor, dass der Kläger wegen chronischen Rückenschmerzen immer wieder arbeitsunfähig ist. Bei seiner Beurteilung hat sich Dr. D. _____ auch auf MRI-Aufnahmen gestützt (vgl. den Befund von Prof. Dr. G. _____ vom 5. August 2011, Urk. 36/2). Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass sich Dr. D. _____ vom Kläger täuschen liess oder Gefälligkeitszeugnisse ausstellte. Die von Dr. D. _____ am 24. Oktober 2011 verordnete Physiotherapie erging aufgrund eines lumbaradikulären Reizsyndroms rechts (Urk. 36/3). Zudem attestierte er dem Kläger vom 1. November 2011 bis zum 31. Dezember 2011 eine 50 %ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 36/4). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist daher von einem chronischen Leiden beim Kläger auszugehen, das seine Arbeitsfähigkeit einschränkt. Ein höheres als das von ihm anerkannte Ein-

kommen kann ihm daher aus der Tätigkeit als Taxifahrer nicht angerechnet werden.

Zu Recht hat die Vorinstanz geprüft, ob es dem Kläger möglich wäre, mit einer anderen Tätigkeit ein höheres Einkommen zu erzielen. Sie hat allerdings sehr allgemein auf einfache und repetitive Tätigkeiten in verschiedenen Wirtschaftszweigen hingewiesen und ist zudem davon ausgegangen, dass der Kläger zu 100 % leistungsfähig sei. Wie gesehen ist das nicht zutreffend. Unbestritten ist sodann, dass er über keine Ausbildung verfügt und seit 1996 als Taxifahrer arbeitet (Prot. I S. 10). Der Kläger müsste daher als Ungelernter eine Arbeitsstelle finden, wobei anstrengende körperliche, aber auch repetitive Arbeiten im Sitzen oder Stehen wegen des Rückenleidens kaum in Frage kämen. Die Chance, dass er eine Arbeitsstelle findet, die ihm ein höheres Einkommen als Fr. 3'140.– netto pro Monat einbringt, ist unter diesen Umständen als eher schlecht einzustufen, weshalb es sich verbietet, ihm ein höheres hypothetisches Einkommen anzurechnen. Die Auffassung von Dr. D._____, dass die Arbeit als Taxichauffeur für den Kläger zur Zeit trotz den Einschränkungen die "beste Lösung" sei, ist entgegen der Ansicht der Beklagten nachvollziehbar: Der Taxifahrer muss nur während der Fahrten sitzen, kann aber während der Wartezeiten – welche bekanntlich den weitaus grössten Teil der Arbeitszeit einnehmen – stehen und ein paar Schritte gehen, wie es ihm beliebt. Die Taxivorschriften der Stadt Zürich (Gemeinderatsbeschluss vom 20. September 2000 mit Änderung vom 28. März 2001 sowie Ausführungsbestimmungen zu den Taxivorschriften gemäss Verfügung der Polizeivorsteherin vom 27. September 2004) verpflichten den Taxifahrer nicht, dem Gast bei der Gepäckhandhabung behilflich zu sein. Dass der Kläger den Fahrgästen beim Gepäck nicht behilflich sein kann, steht daher seiner Tätigkeit als Taxifahrer nicht entgegen.

Es ist somit von monatlichen Einkünften des Klägers in der Höhe von Fr. 3'140.– netto auszugehen.

3. a) Die Vorinstanz hat das Existenzminimum des Klägers mit Fr. 2'388.– beziffert und dabei folgende Beträge angerechnet:

| | |
|---------------------------|-------|
| Grundbetrag | 850.– |
| Miete | 957.– |
| Haushaltsversicherung | 17.– |
| Krankenkasse | 281.– |
| Selbstbehalt Krankenkasse | 25.– |
| Telefon/TV/Radio/Internet | 70.– |
| auswärtige Verpflegung | 109.– |
| öffentlicher Verkehr | 79.– |

Dabei liess die Vorinstanz den Notbedarf der Ehefrau und der beiden Kinder aus der neuen Ehe unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausser Betracht (Urk. 49 S. 8 f.).

b) Der Kläger hält in der Berufungsbegründung fest, dass sich sein Notbedarf inklusive denjenigen seiner Familie auf Fr. 5'778.25 belaufe, während er vor Vorinstanz noch Fr. 5'791.– geltend gemacht hatte. Der Kläger ist der Auffassung, seine Ehefrau trage genügend zu ihrer Beistandspflicht bei, indem sie sich um ihn und die Kinder kümmere. Sie müsse sich nicht um ihren eigenen Lebensunterhalt kümmern, weil er einen Anspruch auf Reduktion der Unterhaltsbeiträge habe. Die Vorinstanz widerspreche sich, wenn sie ausführe, die Mutter von zwei Kindern sei nicht gehalten, für sich selber aufzukommen, dann aber sagt, sei müsse für ihren "Lebensunterhalt" selber aufkommen. Diese Ausführungen widersprüchen dem ZGB und dem "menschlichen gesunden Verstand". Wie könne man eine verheiratete Person als nicht verheiratet ansehen. Die Vorinstanz werde noch willkürlicher, indem sie den Grundsatz der Gleichbehandlung zunichte mache. Die beiden Kinder aus zweiter Ehe brauchten auch finanzielle Unterstützung und nicht nur das Kind aus erster Ehe. Dieses sei psychisch sehr krank, was aber nicht heisse, dass es bevorzugt werde. Eine Bevorzugung verstosse gegen jegliche Gerechtigkeitsgedanken. Deshalb sei der Notbedarf der beiden Kinder aus zweiter Ehe im Notbedarf des Klägers zu berücksichtigen. Die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass der Kläger und seine Familie Sozialhilfe beziehe. Er könne seine Ali-

mentenverpflichtung für C._____ seit dem 1. Dezember 2004 nicht erfüllen. Er sei seit 2004 zahlungsunfähig (Urk. 48 S. 5).

c) Die Vorinstanz hat – der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend (insb. BGE 137 III 59) – als Ausgangspunkt für die Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Klägers sein Existenzminimum in Anwendung des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009 berechnet. Auf diese zutreffenden Ausführungen kann vorab verwiesen werden (Urk. 49 S. 8-10). Korrekturen drängen sich einzig bei den Positionen "auswärtige Verpflegung" und "öffentlicher Verkehr" auf. Dem Unterhaltsbeitrag gemäss Scheidungsurteil vom 1. Juni 2001 lag offensichtlich ein Notbedarf des Klägers von Fr. 2'418.– zugrunde (Urk. 5/4/7). Darin enthalten waren Mehrkosten wegen auswärtiger Verpflegung in der Höhe von Fr. 240.–. Der Kläger begründet heute höhere Mehrkosten im Betrag von Fr. 400.– damit, dass seine Präsenzzeit gegenüber früher grösser geworden sei (Urk. 2 S. 3; Prot. I S. 5). Dies bedeutet aber nicht per se höhere Mehrkosten. Mehrkosten gegenüber zu Hause entstehen vor allem dann, wenn sich ein Arbeitnehmer auswärts in Restaurants und Imbissstätten verpflegt. Der Kläger hat nicht geltend gemacht, dass er dies gegenüber früher vermehrt tue. Hinzu kommt, dass bei krankheitsbedingten Absenzen keine Mehrkosten entstehen. Es rechtfertigt sich daher, die Mehrkosten auswärtiger Verpflegung bei Fr. 240.– zu belassen. Für die Kosten bei der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel hat die Vorinstanz im Hinblick auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens neu Fr. 79.– in den Notbedarf aufgenommen. Dieser Betrag entfällt, wenn der Kläger weiterhin als Taxifahrer tätig ist. Sein Notbedarf beläuft sich somit auf Fr. 2'440.– (Fr. 2'388.– + Fr. 131.– ./ Fr. 79.–).

d) Die Vorinstanz hat den Überschuss über dem Notbedarf des Klägers gleichmässig unter seine drei Kinder aufgeteilt. Gemäss Bundesgericht ist der Überschuss auf die unterhaltsberechtigten Kinder nach Massgabe ihrer jeweiligen Bedürfnisse und der Leistungsfähigkeit des andern Elternteils zu verteilen. Vorliegend erzielt die Mutter von C._____ ein monatliches Einkommen von Fr. 1'325.90 und kann damit den Notbedarf von sich und C._____ längst nicht decken (Prot. I S. 11 f.). Die Ehefrau des Klägers ist nicht erwerbstätig; seine Familie muss vom

Sozialamt unterstützt werden (Urk. 17/2). Angesichts des alters- und krankheitsbedingt höheren Bedarfs von C._____ gegenüber ihren jüngeren Halbgeschwistern rechtfertigt es sich unter diesen Umständen, ihr Fr. 300.– und den Halbgeschwistern je Fr. 200.– des Überschusses von Fr. 700.– (Fr. 3'140.– ./' Fr. 2'440.–) zuzuweisen. Entsprechend ist der Kläger in Abänderung von Ziff. 4 Abs. 1 der mit Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 1. Juni 2001 genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen vom 12. Januar 2001 zu verpflichten, der Beklagten ab 1. Februar 2011 an die Erziehung, den Unterhalt und die Pflege der Tochter C._____ monatliche im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 300.– (zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) zu bezahlen. Die Indexklausel gemäss Ziff. 6 der Vereinbarung ist von Amtes wegen anzupassen.

IV.

1. Der Kläger hat auch für das zweitinstanzliche Verfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Es ist offensichtlich, dass er nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und sein Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, weshalb das Gesuch zu bewilligen ist (Art. 117 ZPO).

2. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Prozesskosten je hälftig zu teilen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Bei Klageeinleitung betrug der Unterhaltsbeitrag teuerungsbereinigt rund Fr. 657.–. Der Streitwert beläuft sich auf rund Fr. 21'852.– (36 x {Fr. 657.– ./' Fr. 50.–}).

Es wird beschlossen:

1. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

und erkannt:

1. In Abänderung von Ziff. 4 Abs. 1 der mit Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 1. Juni 2001 genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen vom 12. Januar 2001 wird der Kläger verpflichtet, ab 1. Februar 2011 an die Erziehung, den Unterhalt und die Pflege der Tochter C._____ monatliche, im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 300.– (zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) zu bezahlen.
2. In Abänderung von Ziff. 6 der mit Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 1. Juni 2001 genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen vom 12. Januar 2001 beruhen diese Unterhaltsbeiträge auf dem Landesindex für Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende August 2012 von 99.0 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie werden jeweils auf den 1. Februar, erstmals auf den 1. Februar 2013, nach Massgabe des Indexstandes per Dezember des vorangegangenen Jahres nach folgender Formel angepasst:

$$\text{neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{Unterhaltsbeitrag gemäss Urteil} \times \text{neuer Indexstand}}{\text{Indexstand gemäss Urteil}}$$

Diese Unterhaltsbeiträge basieren auf einem Einkommen des Klägers von Fr. 3'140.– netto pro Monat und einem solchen der Beklagte von Fr. 1'325.90 netto pro Monat.

3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'300.–.
5. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Kostenanteil des Klägers für beide Instanzen und der Kostenanteil der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren werden jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die

Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

6. Die Parteientschädigungen werden für beide Instanzen wettgeschlagen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 22'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:
ss